Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración

Carpeta Nº 1907 de 2007

Versión Taquigráfica N° 1365 de 2007

SOCIEDADES COMERCIALES

Ejercicio de los derechos inherentes a la calidad de socio

Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 28 de noviembre de 2007

(Sin corregir)

PRESIDE:	Señor Representante Edgardo Ortuño.
MIEMBROS:	Señores Representantes Álvaro Alonso, Gustavo Bernini, Diego Cánepa, Luis Alberto Lacalle Pou, Álvaro F. Lorenzo, Jorge Orrico, Javier Salsamendi.
INVITADOS:	Profesor doctor Martín Risso Ferrand.

(Ingresa a Sala el profesor doctor Martín Risso Ferrand)

SEÑOR PRESIDENTE (Ortuño).- Tenemos el gusto de recibir al profesor doctor Martín Risso Ferrand para abordar el punto que está a consideración en el orden del día: "Sociedades comerciales.- Modificación del artículo 308 de la Ley Nº 16.060, en la redacción dada por el artículo único de la Ley Nº 18.034, referente al ejercicio de los derechos inherentes a la calidad de socio". Respecto de este punto, hemos buscado conocer la opinión de destacados juristas, especialistas en estos temas, y a tales efectos le cedemos el uso de la palabra.

SEÑOR RISSO FERRAND.- Agradezco a la Comisión que me haya invitado. Siempre es un honor y un gusto ser consultado por el Parlamento. Procuraré dar alguna idea que pueda servir para el trabajo parlamentario.

Por otra parte, quiero hacer una precisión inicial. Deseo aclarar que hace unos meses fui consultado sobre la constitucionalidad de la Ley Nº 18.034, que estableció la primera modificación a este artículo 308 de la Ley Nº 16.060. La consulta fue bastante amplia, pero en lo que tiene que ver con el proyecto a estudio de la Comisión yo señalé, en primer término, que la Ley Nº 18.034 no tenía efecto retroactivo; era una ley que se aplicaba hacia el futuro. En segundo lugar, afirmé que aun cuando lo tuviera, el mero efecto retroactivo no implica la inconstitucionalidad de la ley. Y, en tercer término, dije que existían, a mi juicio, claras razones de interés general que justificaban la modificación de este artículo a través de la Ley Nº 18.034. Lo que ocurría era que, conforme a leyes anteriores, se había limitado la titularidad de las acciones de ciertas sociedades que

se dedicaban a actividades especialmente sensibles para la sociedad. Lo que estaba ocurriendo -era una realidad y está comprobado- era que, por la vía de los pactos en contrario y por el usufructo, se estaban desnaturalizando esas prohibiciones legales y se llegaba, en términos reales, a los mismos efectos de transferencia de acciones, eludiendo la acción del Poder Ejecutivo. En ese sentido, señalé que la ahora Ley Nº 18.034 -en aquel momento proyecto- contaba con razones de interés general bastante claras en la medida en que lo que pretendía era cerrar un agujero que había quedado en el ordenamiento jurídico y que permitía que los particulares eludieran prohibiciones legales anteriores.

Además, manifesté que, a mi juicio, tampoco se comprometía el principio de proporcionalidad en la ley, en la medida en que existía una adecuada relación entre el fin perseguido por la ley y el medio utilizado. El fin perseguido era evitar ese agujero, ese pozo negro, que existía en el ordenamiento jurídico y el medio utilizado no era otro que la misma filosofía de las leyes anteriores, en el sentido de que toda forma de transferencia de acciones requiriera la previa autorización del Poder Ejecutivo.

Luego de esta breve introducción, voy a referirme al proyecto. Voy a ser extraordinariamente breve porque me parece que lo más interesante sería el intercambio que pudiera ser necesario.

En la parte que importa a los efectos de mi presencia hoy, en el proyecto se dice: "Todo acuerdo privado celebrado a partir de la vigencia de esta ley," -ese es el punto central: a partir de la vigencia de esta ley- "en lo que el mismo se oponga a lo dispuesto precedentemente, así como los derechos conferidos en función de dichos acuerdos, será nulo de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial o administrativa de especie alguna".

Mi primer comentario es que el artículo proyectado no tiene efecto retroactivo -me parece que eso es bastante claro-, o sea que se va a aplicar a acuerdos posteriores a la entrada en vigencia del nuevo texto legal. No tiene efecto retroactivo a la Ley Nº 16.060 ni a la Ley Nº 18.034. Esto significa que aquellos acuerdos que pueden haber quedado resueltos por aplicación de la Ley Nº 18.034 no van a recobrar su vigencia sino que se van a mantener absolutamente resueltos. En este esquema señalo que no debe ser esta la intención legislativa porque, en este sentido, parece que es un poco inocuo este artículo; no se entiende lo que se quiere modificar o a dónde se pretende apuntar.

Me adelanto a señalar que existe la posibilidad de que se considere que este proyecto tiene efecto retroactivo o que se modifique el artículo para darle efecto retroactivo. En cualquiera de los dos casos la ley sería inconstitucional. Creo que hay tres tipos de razonamientos para concluir la inconstitucionalidad de esta ley con efecto retroactivo.

En primer término, la ley violaría el principio constitucional de igualdad, en la medida en que respecto a contratos similares para actividades similares con las mismas sociedades anónimas, unos serían válidos y otros nulos. Ahí creo que habría una clara violación al principio de igualdad y no cabría ninguna justificación posible. La única justificación sería el momento en que se suscribieron, lo cual no parece ser una causal válida para la distinción.

En segundo lugar -y claramente vinculado con esta infracción al principio constitucional de igualdad-, se superpone el problema de si la nueva ley contaría -como sí contaba a mi juicio la Ley Nº 18.034- con la justificación de estar basada en razones de interés general, como marca la Constitución. Creo que nuevamente en este caso no habría razones de interés general para mantener ciertos acuerdos que lo que hacen es burlar las normas legales que establecen limitaciones en materia de transferencia de acciones, declarando que otros son nulos. O son todos nulos o no lo es ninguno, pero no creo que haya razones de interés general para distinguir entre unos y otros.

Por último -ya en un concepto más novedoso del Derecho Constitucional uruguayo; novedoso en el Uruguay, pero en el Derecho Constitucional comparado se utiliza desde hace muchísimas décadas-, creo que también este proyecto de ley, en caso de tener efecto retroactivo, violentaría el principio de proporcionalidad, la adecuada relación entre el medio y el fin perseguido. Repito que la Ley Nº 18.034 cumplía con el principio de proporcionalidad. Había un fin muy claro que era evitar que se siguiera transitando por esa fisura, por ese agujero que había en el ordenamiento jurídico y que se desnaturalizaran las leyes anteriores que establecían prohibiciones para la transferencia de acciones o que la condicionaban a la previa autorización del Poder Ejecutivo. El fin era claro y el medio era razonable, aplicar lo que establecían las leyes anteriores y que esos acuerdos fueran nulos si no contaban con la autorización del Poder Ejecutivo. En cambio esta segunda ley, si

bien refiere a la misma materia, tiene un problema y es que no se entiende bien cuál es el fin perseguido. Aparentemente, el fin perseguido, si se le diera efecto retroactivo, sería tutelar determinadas situaciones anteriores y creo que ese no sería un fin constitucional válido. Al no existir un fin, no se estaría cumpliendo con el principio de proporcionalidad, porque no hay adecuación posible entre medios y fines establecidos.

Básicamente, esto era lo que quería decir. Quedo a disposición para cualquier comentario o aclaración.

SEÑOR LACALLE POU.- Es muy claro lo que plantea el doctor Risso Ferrand.

Quería hacerle la misma pregunta que formulé al doctor Cassinelli Muñoz cuando concurrió a dar su opinión sobre este texto legal. En una línea cronológica, desde que se aprobó la última reforma de la Ley Nº 16.060 hasta el momento, ese texto legal ya ha tenido efectos. Me gustaría que se pudiera ahondar sobre ese concepto.

SEÑOR RISSO FERRAND.- No conozco ningún caso concreto. No he tenido documentos a la vista. Se me ha informado, se me ha dicho y he escuchado que existían varios acuerdos en contrario que hacían que el nudo propietario accionista en realidad no fuera la persona que tomaba las decisiones ni la que le interesaba al Poder Ejecutivo. Ese tipo de acuerdos quedó absolutamente derogado, resuelto -según la terminología de la Ley Nº 18.034- en forma automática diez días después de la promulgación de la Ley Nº 18.034 en el Diario Oficial. Ahí quedaron resueltos esos contratos. Si esta ley no tiene efecto retroactivo -tal como está redactada, me parece claro que no lo tiene-, no va a implicar que recobren validez esos acuerdos. O sea que en ese sentido la ley estaría repitiendo, con algún ajuste terminológico, la misma solución de la Ley Nº 18.034 y no tendría ningún efecto jurídico distinto al que ya tuvo esa ley.

SEÑOR CÁNEPA.- Si bien la opinión que nos da el profesor doctor Risso Ferrand es muy clara, en la misma línea del Diputado Lacalle Pou, voy a tratar de ahondar en la comprensión.

En nuestro ordenamiento jurídico -por lo menos en cuanto a lo que uno conoce a nivel constitucional- todas las leyes, después de sancionadas, surten efecto y, por lo tanto, una ley posterior tiene determinados alcances que, aun habiendo una derogación o de que algo se haga a título explícito o expreso, modifica determinada circunstancia de cierta manera. Es decir que eso no significa que esa norma haya dejado de existir porque nuestro ordenamiento constitucional no prevé ese tipo de situaciones. Sin embargo, hay algo que no alcanzo a comprender. Aun cuando quede resuelto de pleno derecho, si hay situaciones que han quedado de esa manera, siempre hay que accionar ese derecho para hacerlo valer, lo que también forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Entonces, si este proyecto de ley que estamos considerando modifica la Ley Nº 18.034 en su redacción, no veo la inocuidad en el punto de quien no logró hacer valer su derecho en ese período; una vez modificada la ley, ese derecho no sigue subsistiendo. No olvidemos que el legislador tuvo la voluntad de modificar ese derecho. Por lo tanto, yo comparto la inocuidad en cuanto a que si se accionó durante ese período, esta ley no modificaría el derecho adquirido.

Lo que no alcanzo a comprender es que se diga que este proyecto de ley de modificación a la Ley Nº 18.034 no tiene ningún efecto en cuanto genera un nuevo estado de situación. Porque hay una situación establecida por la Ley Nº 16.060 anterior que, como lo explicaba el doctor Risso Ferrand según su punto de vista, por un resquicio legal permitía que se desnaturalizara una prohibición expresa. A partir de que se votó la Ley Nº 18.034 -según la opinión del doctor Risso Ferrand, quien se ha expresado con claridad-, cumpliendo la proporcionalidad, el interés general y los puntos que el doctor cree debe cumplir esta norma, se soluciona ese problema y se resuelve de pleno derecho al ser promulgada y al entrar en vigencia. Hasta ahí no hay ningún problema.

El tema es que la Ley Nº 18.034 ya tuvo sus efectos. Pero si ya no se accionó en esos efectos, no se podrá accionar una vez que la ley sea derogada. Eso sí va a generar una nueva situación. Una vez promulgada esta ley, ya no se podrá reclamar por una redacción de la Ley Nº 18.034 que ha sido derogada. La pregunta es sí ahí es inocua o no la acción.

SEÑOR RISSO FERRAND.- Aprovecho a señalar que los dos textos, el de la Ley Nº 18.034 y el del proyecto de ley, hablan de la nulidad o de la resolución sin necesidad de declaración judicial o

administrativa de especie alguna. Es algo verdaderamente extraño que encontramos en ambos textos. El principio general sería que la resolución debería ser declarada judicialmente. De todas formas, me parece que tendríamos que distinguir distintos conceptos jurídicos.

Un primer concepto es el perfeccionamiento de una norma legal. Las normas legales en nuestra Constitución se perfeccionan cuando, terminado su trámite legislativo, son promulgadas por el Poder Ejecutivo. Ese es el momento en que se deja de ser proyecto de ley y se pasa a ser ley, una ley perfecta. Inclusive, antes de tener número porque pueden pasar algunos minutos y hasta algunas horas sin que la Secretaría de la Presidencia de la República le haya asignado un número.

Un segundo concepto es el de la eficacia de la ley. En principio -esto no lo dice la Constitución sino el Código Civil y mientras no se modifique parcialmente así funciona-, las leyes son eficaces cuando cumplen sus requisitos extrínsecos, que normalmente hacen referencia a la publicación. Lo que dice el Código Civil es que las leyes son eficaces diez días después de su publicación en el Diario Oficial.

Después tenemos un problema de vigencia, que es a donde queríamos llegar. La vigencia de una norma legal o de una norma jurídica es el período durante el cual los hechos acaecidos en el mismo se rigen por determinada norma. Yo creo que si después de perfeccionada esta nueva ley se planteara un juicio ante el Poder Judicial y una parte pretendiera que se confirmara que determinado contrato quedó resuelto en octubre de 2006, conforme a la ley anterior, el Juez debería aplicar la ley anterior y no esta ley, porque el caso concreto es anterior a la ley. Esto es lo que pasa habitualmente en el Poder Judicial en que muchas veces se resuelven casos aplicando leyes o Constituciones derogadas, dependiendo de la ubicación temporal del caso; si el caso es anterior, hay que aplicar normas derogadas.

Yo creo que para que esta ley afectara la situación anterior debería tener efecto retroactivo. Y si tuviera efecto retroactivo, nos encontraríamos con esos problemas de inconstitucional que señalé hace unos minutos.

SEÑOR ORRICO.- Quiero agradecer la presencia del profesor Risso Ferrand, así como su disposición. Además, fue muy ilustrativo.

Quiero ir a un tema más conceptual. Dice que se declara nulo. Para mí nulo es algo que tiene relación con factores formales de conformación de una ley. Puede haber algunos sustanciales, pero ahí serían inconstitucionales y no nulos. La pregunta es hasta dónde una ley puede declarar a otra nula, en la medida en que nulo es algo que nunca existió.

SEÑOR RISSO FERRAND.- La discusión acerca de si una ley puede declarar la nulidad de una ley anterior es muy vieja en el Uruguay. El caso se dio con la ley de convalidación después del gobierno militar. La Ley Nº 15.738 declaró como solución de principio la nulidad absoluta de todas las normas expedidas por el Consejo de Estado. Luego convalidó algunas y después las derogó y demás. En ese momento, fundamentalmente el doctor Daniel Hugo Martins encabezó una campaña doctrinal -creo que después la llevó a la Suprema Corte de Justicia- sosteniendo la inconstitucionalidad. Él se basaba en que no hay ninguna disposición en la Constitución que diga que el Poder Legislativo puede declarar la nulidad de una ley anterior y que eso corresponde a un Juez. Yo no estoy de acuerdo con el doctor Martins sino con lo que dijo la Suprema Corte de Justicia. Lo que se hace por ley es declarar algo que ya existe; se declara la nulidad. Lo único que hace en esos casos la ley es declarar que algo es nulo y termina con la discusión. Creo que una ley puede declarar la nulidad de algo anterior. Lo que pasa con este proyecto de ley -que con otra terminología pasaba en el anterior- es que dice que los acuerdos privados serán nulos de pleno derecho. Entonces, hay dos posibilidades: si hay nulidad, todos los acuerdos privados que existan tienen que ser declarados nulos o ninguno puede ser declarado nulo porque no hay nulidad. Ese es uno de los motivos por los cuales yo decía que si a esta ley se le diera efecto retroactivo, esa diferenciación entre contratos nulos según el momento histórico en que se suscribieron, sería inconstitucional por violar el principio de igualdad.

SEÑOR ORRICO.- Una pequeñísima aclaración: yo estoy de acuerdo con el doctor Risso Ferrand y no con el doctor Martins, pero la situación planteada en el ejemplo es distinta. Se trataba de un régimen que había violado todo el mundo normativo, de la Constitución hacia abajo. Ahí sí corresponde, precisamente porque no se había cumplido ningún requisito de forma: era un Consejo de Estado y no

un Parlamento, no había habido elecciones y todo lo que ya sabemos. En ese caso sí amerita nulidad. No ameritan nulidad las situaciones de estabilidad institucional, pero es solamente una acotación.

SEÑOR RISSO FERRAND.- Es un tema académico. Hay otro antecedente. Me refiero a la segunda reforma constitucional de los noventa, ya vueltos a la democracia, que declaró la nulidad de disposiciones legales contenidas en Leyes de Presupuesto y Rendición de Cuentas relativas a la seguridad social. O sea que tenemos un ejemplo en que una norma de las Disposiciones Transitorias de la Constitución declaró la inconstitucionalidad de leyes emanadas del Parlamento democrático y promulgadas por el Poder Ejecutivo.

SEÑOR PRESIDENTE.- Agradecemos la presencia del doctor Risso Ferrand.

Se levanta la reunión.